



El diferimiento de la ejecución de la condena a prisión para madres de hijos e hijas menores de tres años y la posibilidad de sustituirlo por una detención domiciliaria. Medidas existentes en el Ordenamiento Jurídico italiano a prever en el español¹

Deferral of the execution of prison sentences for mothers of children under three years of age and the possibility of replacing it with home detention. Existing measures in the Italian legal system to be envisaged in the Spanish legal system

Tàlia González Collantes
Universitat de València
Talia.Gonzalez@uv.es
ORCID: 0000-0001-8541-8008

Resumen

En este trabajo se defenderá la necesidad de apostar por alternativas alojacionales donde las condenadas madres puedan cumplir la pena de prisión impuesta junto a sus hijos e hijas menores de tres años, pero también, y sobre todo, la conveniencia de prever alternativas al propio cumplimiento de la misma y, más concretamente, porque se permita el diferimiento de la ejecución de la condena hasta que los niños o niñas a atender cumplan la dicha edad, con posibilidad de sustituirlo por una detención domiciliaria si ello se estimase necesario para no frustrar las exigencias de seguridad. Ambas posibilidades están previstas en el Ordenamiento Jurídico italiano y serán analizadas en este artículo, para saber en qué consisten, cuáles son los requisitos para su concesión y quién es la autoridad competente para ello, pero también con el deseo de que sirvan de inspiración al legislador español a la hora de emprender el necesario camino hacia la descarceración de las condenadas madres y, en consecuencia, a favor de una ejecución penal sensible a los intereses de los y las menores.

Palabras clave: prisión, descarceración, diferimiento, madres en prisión, Derecho comparado italiano

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D “Estudio crítico del uso de sanciones alternativas penales: una mirada a la salud mental y al género” (PID2021-126236OB-I00, AEI/FEDER, UE).

Cómo citar este trabajo: González Collantes, Tàlia. (2025). El diferimiento de la ejecución de la condena a prisión para madres de hijos e hijas menores de tres años y la posibilidad de sustituirlo por una detención domiciliaria. Medidas existentes en el Ordenamiento Jurídico italiano a prever en el Español. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (6), 01–21. <https://doi.org/10.46661/respublica.12067>.



Deferral of the execution of prison sentences for mothers of children under three years of age and the possibility of replacing it with home detention. Existing measures in the Italian legal system to be envisaged in the Spanish legal system²

El diferimiento de la ejecución de la condena a prisión para madres de hijos e hijas menores de tres años y la posibilidad de sustituirlo por una detención domiciliaria. Medidas existentes en el Ordenamiento Jurídico italiano a prever en el español

Tàlia González Collantes
Universitat de València
Talia.Gonzalez@uv.es
ORCID: 0000-0001-8541-8008

Abstract

In this paper we will defend the necessity of betting on housing alternatives where convicted mothers can serve the prison sentence imposed together with their children under three years of age, but also, and above all, the convenience of providing alternatives to serving the sentence itself and, more specifically, to allow the deferral of the execution of the sentence until the children to be served reach that age, with the possibility of replacing it with home detention if deemed necessary in order not to frustrate the requirements of security. Both possibilities are provided for in the Italian legal system and will be analysed in this article, in order to know what they consist of, what are the requirements for granting them and who is the competent authority for this purpose, but also with the hope that they will serve as inspiration for the Spanish legislator when it comes to taking the necessary path towards the decarceration of convicted mothers and, consequently, in favour of a penal execution sensitive to the interests of the minors.

Key words: imprisonment, release, deferral, mothers in prison, Italian comparative law.

² This work has been carried out within the framework of the R&D project “Critical study of the use of alternative penal sanctions: a look at mental health and gender” (PID2021-126236OB-I00, AEI/FEDER, UE).

How to cite this work: González Collantes, Tàlia. (2025). Deferral of the execution of prison sentences for mothers of children under three years of age and the possibility of replacing it with home detention. Existing measures in the Italian legal system to be envisaged in the Spanish legal system. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (6), 01–21. <https://doi.org/10.46661/respublica.12067>.



1. Introducción

En este trabajo defenderé la necesidad de apostar por alternativas alojacionales donde las condenadas madres puedan cumplir, junto a sus hijos e hijas menores de tres años, la pena de prisión impuesta, pero también, y sobre todo, la conveniencia de prever alternativas al propio cumplimiento de la misma y, más concretamente, porque se permita el diferimiento de la ejecución de la condena hasta que los niños o niñas a atender cumplan la dicha edad, con posibilidad de sustituir esta medida por una detención domiciliaria si ello se estimase necesario para no frustrar las exigencias de seguridad.

Ambas medidas están previstas en el Ordenamiento Jurídico italiano, el diferimiento en el Código Penal y la detención domiciliaria en la Ley Penitenciaria. Importa advertir que en Italia la detención domiciliaria específica para el perfil maternal también puede ser concedida cuando el hijo o hija a atender ya no está dentro de la franja de edad protegida que da pie a la concesión del diferimiento, esto es, cuando es mayor de tres años (en principio hasta cumplir los diez), pero, debido al límite de páginas que no puede superar este trabajo, he decidido centrarme en las medidas alternativas específicas de las que pueden beneficiarse las madres de hijos o hijas menores de tres, que son, como he avanzado, el diferimiento de la ejecución y la detención domiciliaria como sustitutiva de este.

Aclarado lo anterior, respecto a la estructura de este trabajo, en primer lugar comentaré brevemente las formas especiales de ejecución para el perfil maternal existentes en España, subrayando en qué hemos avanzado y en qué debemos avanzar. Y, en segundo lugar, analizaré las medidas alternativas específicas existentes en el Ordenamiento Jurídico italiano a las que me he referido.

Veremos en qué consisten, qué órgano es competente para su concesión o, en su caso, revocación, así como también los requisitos exigidos para ello. Y, además, ante la posibilidad de que de manera inminente la medida de diferimiento sea reformada, también indicaré qué cambios se pretenden introducir, los cuales, lamentablemente, suponen un retroceso en el camino que hace tiempo empezó a recorrerse en Italia a favor de la descarceración de las condenadas madres y, en consecuencia, a favor de una ejecución penal sensible a los intereses de los y las menores.

2. Las condenadas madres con hijos e hijas menores de tres años, y las posibilidades de convivencia en España

2.1. En qué hemos avanzado

En España muy pronto se normalizó que los hijos e hijas de las condenadas pudiesen vivir dentro de la cárcel. La primera prisión central de mujeres, instalada en Alcalá de Henares, fue inaugurada en 1852, y ya entonces se permitía que los hijos e hijas de las condenadas viviesen en su interior, pero aislados. Existía, como se recoge en el Reglamento aprobado en 1882 para el régimen interior de esta penitenciaría, un departamento para menores de hasta siete años de edad, pero eran las monjas las que se arrogaban el monopolio en la educación de esas criaturas. Las madres solo podían visitar a sus vástagos durante una hora por la mañana y otra por la tarde, en el tiempo de recreo, permitiéndoseles más tiempo cuando estaban enfermos³. ¿Castigo? ¿Una medida destinada a evitar que las madres contagiaran a sus hijos e hijas el presunto mal que purgaban?

Son preguntas que formula Hernández (2013, p. 87) y que se responden por sí mismas, o así

³Reglamento para el Régimen Interior de la Penitenciaría de Alcalá de Henares de 1882, capítulo VII (Del departamento de niños), artículos 32 y 33.

lo creo yo. Sobre lo segundo, hay que reconocer que durante mucho tiempo ha existido, y no se ha abandonado del todo todavía, la idea de que la mujer que delinque da muestras de ineptitud como madre, porque a la hora de hacerlo no ha tenido en cuenta las consecuencias negativas que su condena pudiese tener en sus hijos e hijas y porque, precisamente al encontrarse ella misma (así se entendía) al margen de la sociedad, no pueda garantizar la correcta educación y formación de sus vástagos, siendo (al menos) sospechosa de no poder cumplir con el deber de educar a su prole en la legalidad, proporcionándole parámetros normativos adecuados para protegerla de los riesgos vinculados a la transgresión de valores sociales y morales compartidos.

La misma reglamentación indicada, con apenas cambios, fue empleada en la dictadura franquista, durante la cual no se ocultó que la separación obligatoria de los niños y niñas tras alcanzar determinada edad se dirigía a impedir la mala influencia de la madre. El Ministerio de Justicia del franquismo creó, en enero de 1940, una prisión de madres lactantes, ubicada en Madrid, y, poco después, en fecha de 30 de marzo del mismo año, se dictó una Orden, publicada el 6 de abril, que especificaba que las reclusas tendrían derecho a amamantar a sus hijos e hijas y a tenerlos en su compañía en las prisiones, pero solo hasta que cumpliesen la edad de tres años. Se creía que a partir de esta edad los niños y las niñas pueden ser más receptivos a la influencia negativa de la etiquetada como delincuente *ergo* mala madre.

Es más, para evitar esta mala influencia, pese a permitirse que los y las menores de dicha edad estuviesen en el establecimiento penitenciario en el que cumplían condena sus madres, ello no garantizaba la convivencia. En algunos casos el contacto con esos y esas menores se restringía a media hora al día. Y aparte de ello, tales decisiones no se tomaron pensando que fuese lo más recomendable para las criaturas y su bienestar, sino porque

se creía que para el régimen y para España lo mejor era evitar que se contagiasen de la corrupción moral y la ideología de las madres, la mayoría presas políticas. Se seguía la teoría de la eugenesia positiva desarrollada por el psiquiatra Vallejo Nágera (1937), según la cual había que separar a las madres de los hijos e hijas para evitar la degeneración de la raza debido al gen marxista y democrático y, con ello, contribuir a la defensa de la Hispanidad.

Tal vez no conseguirían la corrección de las madres, pero al menos sí intentarían que sus descendientes acabasen convertidos en personas fieles a los principios y valores del nacionalcatolicismo. Se desconoce el destino que se dio a muchos de los niños y niñas que, tras cumplir tres años, tenían que abandonar la prisión, pero se sabe que no pocos fueron entregados a familias afines al régimen. También algunos de los más pequeños acabaron en el seno de estas familias. A su ingreso, los hijos e hijas de las presas no eran inscritos en los libros de entrada, lo que contribuía a que muchos sencillamente desapareciesen. La prisión era una zona de riesgo familiar (Vinyes, 2002, pp. 71-89; Armengou y Belis, 2002, pp. 52-55).

Como denuncia Riquer, el secuestro de los hijos de las encarceladas ha sido una trágica historia ocultada durante muchos años (2010, pp. 136 y 137). Por esto, y porque la disentería, el hambre, los piojos y la sarna eran el día a día de los niños y niñas que vivían en prisión (Egido y Eiroa, 2017, p. 345; Ugarte, 2011, p. 275; Vinyes, 2002, p. 73), para las mujeres la peor suerte era tener un hijo o hija en la prisión, tal y como concluye Mangini tras analizar los testimonios de presas durante la dictadura, y todas las mujeres estaban de acuerdo en ello, tanto las que eran madres como las que no (1997, p. 135).

Con el restablecimiento de la democracia, la aprobación de la Constitución de 1978 y de la Ley Orgánica Penitenciaria, las condiciones en que se encontraban las prisiones y las personas presas fue mejorando y, obviamente, también preocupó en mayor medida velar por los derechos y el bienestar

de los hijos e hijas de las condenadas. Respecto a estos niños y niñas, hay que tener en cuenta, por una parte, que de lo previsto en los artículos 9.2, 10.1, 14, 18, 39.2 y 39.3 de la Constitución Española se desprende que son titulares de una serie de derechos inviolables que les son inherentes por su condición humana, pero que, además, su debilidad y fragilidad les hace merecedores de una especial atención.

De aquí se desprende, igualmente, el derecho de los y las menores a recibir asistencia y cuidados constantes por parte de sus progenitores en un entorno y en unas condiciones que permitan su adecuado desarrollo físico y psíquico, lo cual tiene que ser garantizado por la madre y el padre (o las madres, o los padres), pero también por el Estado. Y, aparte de ello, también hay que tener en cuenta que en el artículo 10.2 de la Constitución se deja claro que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que reconoce la Constitución se interpretarán de conformidad con los textos internacionales, y más adelante, en el artículo 39.4, se indica que los niños y niñas gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, debiendo tenerse en cuenta, particularmente, lo indicado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Aquí, ya en el preámbulo, se indica que

“la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”; y a continuación se dice que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno

de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Posteriormente, en el articulado, se le reconoce a todo niño y a toda niña, en concreto en el artículo 8, el derecho desde que nace a ser cuidado o cuidada por sus progenitores, y también se dice que los Estados velarán por la aplicación del mismo⁴, añadiéndose, también, en el artículo 5, que los Estados han de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres y madres para ofrecer a sus vástagos la dirección y la orientación apropiadas para que ejerzan los derechos reconocidos en la presente Convención.

Se advierte, además, en el artículo 9, que los Estados velarán por que el niño o la niña no sea separado o separada de sus progenitores contra la voluntad de éstos, excepto cuando esa separación sea necesaria pensando en el interés superior del o la menor.

En el artículo 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se reconoce el derecho de las madres a mantener con ellas durante el cumplimiento de la condena a sus hijos e hijas y, pese a que inicialmente la única posibilidad prevista para garantizar esa convivencia era el ingreso en una unidad interna de madres, dentro del recinto de una prisión convencional, se comprendió, y se reconoció, que el entorno en el que madre e hijo/hija interactúan es importante, que la cárcel es todo lo contrario a un lugar idóneo para que las relaciones socio-familiares se desarrollen positivamente y que la estructura penitenciaria no garantiza los derechos de los niños y las niñas allí internados junto a sus madres.

Por mucho que las unidades internas para madres se digan adaptados a su uso, carecen de espacios suficientes al aire libre, la normativa a cumplir sigue siendo también allí

⁴En realidad, ya en el artículo 2.1 se indica que los Estados respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada

niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, y en el artículo 4 se dice que aquellos adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para que dichos derechos se respeten de manera efectiva.

muy restrictiva, impidiendo una correcta libertad de movimiento, incluso dentro de la celda, aparte de que la presencia de funcionarios uniformados, los barrotes, los recuentos y cacheros, etc., pueden tener una serie de consecuencias negativas en el desarrollo de los niños y las niñas.

Debido a ello se apostó por encontrar alternativas alojacionales, fuera de la prisión. Se crearon las unidades externas y las unidades dependientes específicas para madres.

Además, también pensando en el bienestar de los niños y niñas, la edad límite de convivencia ha variado con el tiempo. Según el artículo 27 del Reglamento Penitenciario de 1981 los niños y las niñas podrían estar en prisión hasta alcanzar la edad de escolarización obligatoria, que son los seis años, pero con la aprobación del Reglamento de 1996 el límite de edad se rebajó a los tres años. Así consta en el artículo 17 del mismo.

Este cambio se justificó por entenderse que a partir de dicha edad los niños y las niñas empiezan a ser conscientes de la privación de libertad que afecta a su madre y vinculan la confrontación de su personalidad inicial a tal hecho, pudiendo ello llegar a comportar graves disfuncionalidades en su desarrollo emocional y psicológico⁵.

2.2. En qué debemos avanzar

Pese al avance que supuso en España la aparición de las unidades externas y dependientes específicas para madres, ello, sin embargo, no ha supuesto la salida definitiva de los y las menores de los recintos carcelarios. Hasta 2020 existían tres unidades internas de madres, una en Madrid VI-Aranjuez, otra en Alcalá de Guadaíra y otra en Valencia Preventivas, pero en 2020 cerraron

las dos últimas indicadas, y solo queda la de Madrid. Estos cierres serían una buena noticia si fuesen acompañados de la creación de nuevas unidades externas y dependientes, pero no es así. Es más, pese a que el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios de 2005, aprobado en Consejo de Ministros del 18 de noviembre de ese año, preveía la creación de cinco unidades externas de madres, a día de hoy únicamente tres son una realidad. Se trata de las unidades externas para madres asignadas a los centros de inserción social (CIS) de Madrid, Sevilla, Mallorca. Tampoco se han creado nuevas unidades dependientes, sino todo lo contrario.

Hasta 2020 solo existían las unidades dependientes de Nuevo Futuro y de Horizontes Abiertos, ambas en Madrid (dependientes de la prisión Madrid V y Madrid VI, respectivamente), pero dicho año, como se advierte en el Informe Anual de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se cerró la primera de las mencionadas, con lo cual a día de hoy solo existe la segunda.

Paradójicamente, la única unidad de madres que se ha creado recientemente, en la prisión de Fontcalent-Alicante, es la residencia de madres Irene Villa González, la cual, constituida como comunidad pedagógica, responde a un modelo intermedio entre las unidades internas y las externas, estando ubicada fuera del muro exterior de cierre, pero dentro del complejo penitenciario, con lo cual no contribuye a la salida definitiva de los niños y las niñas de prisión. Y, además, pese a afirmarse que con su creación se han querido mejorar las condiciones de vida de aquellos, lo cierto es que no se ha conseguido.

En un informe de fecha de 10 de octubre de 2024, el Defensor del Pueblo, tras la visita

⁵No obstante, aunque excepcionalmente, se puede permitir, cuando el ingreso se produce en una unidad externa o en una unidad dependiente, que los y las menores convivan con sus madres hasta alcanzar los 6 años. Aparte de tenerse en cuenta que estas unidades permiten cubrir mejor las necesidades específicas de la

población a la que están dirigidas, facilitar una más adecuada relación materno filial y un desarrollo más armonioso de los y las menores, seguramente también se habrá tomado en consideración lo traumática que suele ser la separación, tanto para los niños y niñas como para las madres.

realizada a la residencia de madres Irene Villa González por un equipo del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, concluye, entre otras cosas, lo siguiente: las infraestructuras y los espacios comunes de los que dispone resultan totalmente insuficientes para las 32 plazas que ofrece; falta personal apropiado con cargo a la Administración Penitenciaria, tanto terapéutico como sanitario y, pese a que el apoyo de entidades sociales y de personal pediátrico y ginecológico voluntario compensa la falta de dotación de personal, dicha situación implica carencias y compromete la estabilidad a medio y largo plazo de la residencia; no existe historia de salud de los niños y las niñas, con lo cual frecuentemente sus circunstancias de salud se registran en la historia de las madres, generando situaciones confusas en las que, por un lado, no se diferencia a quien se refiere la información y, por otro lado, se produce una pérdida importante de datos respecto al estado de salud de los y las menores; la alimentación es inadecuada y de mala calidad; no existen programas para la promoción de hábitos saludables; y, pese a lo esencial que resulta para el bienestar de las mujeres y el buen desarrollo de sus hijos e hijas la comunicación con el entorno familiar y social, la residencia carece de un espacio adecuado para las llamadas telefónicas.

No se puede mantener a niños y niñas en estas condiciones. Y no puede pensarse que la vida en prisión es inocua para los más pequeños, para los menores de tres años. No lo es. Tampoco en la casi recién estrenada residencia de madres Irene Villa González. Las consecuencias negativas que para los niños y niñas menores de tres años puede tener el vivir en una prisión, aunque sea en compañía de su madre, pueden variar, dependiendo de su edad, la duración de su estancia en prisión y las condiciones específicas de la cárcel en la que se encuentren, pero son diversos los estudios que concluyen que pueden consistir, por ejemplo, en el caso de los nacidos y las nacidas fuera de la prisión, en la pérdida del control de esfínteres, en un retroceso en el desarrollo del habla y del lenguaje o en la

aparición de episodios de estrés; y en el caso de los nacidos y las nacidas en prisión, por ejemplo, a causa de la falta de acceso a estimulación temprana y actividades recreativas adecuadas, retrasos en el desarrollo cognitivo y social y, tras el encierro, dificultades en la capacidad para exponerse a espacios abiertos (Jiménez y Palacios, 1998; Gea, 2007, pp. 287-310; Lejarraga et al, 2010, pp. 485-491).

De las indicadas formas especiales de ejecución específicas para el perfil maternal la mejor es, sin duda, la consistente en el ingreso en una unidad dependiente, porque se trata de viviendas ordinarias ubicadas en el entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa en lo referente a su dedicación y, además, aunque administrativamente dependen de un centro penitenciario, están gestionadas por asociaciones y organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, existen dos problemas. Uno es la falta de unidades de esta clase y que, además, resulta difícil que las mujeres allí destinadas estén cerca del resto de la familia, también de los hijos e hijas que no puedan vivir con ellas, igual que sucede con los niños y las niñas que sí lo hacen. La permanencia de estos y estas junto a sus progenitoras limitará el contacto con otros parientes, impidiendo o dificultando que se creen vínculos afectivos con ellos o debilitando los existentes.

El otro problema es que para el ingreso en una unidad dependiente específica para madres se exige que estas estén clasificadas en tercer grado, y esta decisión se toma con la vista puesta en la persona adulta condenada, que a ojos de la Administración Penitenciaria tiene que ser merecedora de ello. Pese a ser posible, no es habitual, en absoluto, la clasificación inicial en este grado, exigiéndose para ello no pocos requisitos añadidos, plagados, además, de términos ambiguos o indeterminados.

No se pone el foco en el niño o niña a atender, con lo cual sus necesidades, sus derechos y su bienestar resultan arrinconados en nombre de una lógica punitiva.

Siendo así, pese a todo, no se está teniendo suficientemente en cuenta el principio del interés superior de los niños y niñas cuya madre ha sido condenada a una pena de prisión; principio proclamado de manera expresa en la ya citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en concreto en su artículo 3. Aquí se indica, en el apartado primero, que;

“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; en el apartado segundo se dice que “los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas; y en el apartado tercero se añade que “los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Además, importa aclarar que la obligación de tener en cuenta los intereses más significativos e importantes de los niños y las niñas a la hora de adoptar medidas que puedan afectarles, se debe respetar no únicamente respecto a las decisiones que tienen a esos niños o niñas como destinatarios inmediatos, sino también a aquellas que, aunque dirigidas a otros sujetos, también

tienen un impacto en ellos o ellas, como ha indicado el Comité de los Derechos del Niños de Naciones Unidas en su observación general nº 14 de 2013. Y el encarcelamiento de la madre, sin duda alguna, lo tiene (González, 2024, pp. 114 y 115), como reconoce el Parlamento Europeo en su informe de 5 de octubre de 2017, donde afirma que;

“la separación automática de madres e hijos ocasiona graves trastornos emocionales a los niños y puede asimilarse a una condena adicional tanto para las madres como para los hijos”.

Son varias las propuestas que pueden realizarse a favor de una ejecución penal más atenta a los intereses de los niños y las niñas, sensible con los mismos, que ponga el foco en ellos y ellas.

Sería conveniente crear más unidades dependientes y distribuir las correctamente a lo largo de todo el territorio nacional, para permitir que las personas que allí viven puedan estar cerca del resto de la familia, lo cual ahora no resulta garantizado. Debería ser así para atender en mayor y mejor medida el interés superior de los y las menores, pero también porque las personas condenadas a prisión deben ser destinadas a centros situados lo más cerca posible de su domicilio.

Así se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria española (artículo 12) y, también, en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (regla 59), en el Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 20) y en las Reglas Penitenciarias Europeas (regla 17). Debe hacerse así para evitar su desarraigo, para que a esas personas les resulte posible mantener el contacto directo con su entorno familiar, porque así lo exige el dar una orientación resocializadora a la ejecución de la pena y porque de ello depende no violar su derecho a la vida privada y familiar, recogido en la Constitución Española (artículo 18), en la Declaración Universal de Derechos Humanos

(artículo 12) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8)⁶. Resulta imprescindible, igualmente, que los órganos de decisión de Instituciones Penitenciarias muestren una menor resistencia a la posibilidad de optar por modalidades de cumplimiento más flexibles, por potenciar la clasificación en tercer grado, porque tienen la posibilidad de hacerlo y porque de ello depende, como se ha indicado, el ingreso en una unidad dependiente específica para madres. Pero, aparte de todo esto, puede hacerse más.

Efectivamente, también debería explorarse la posibilidad de prever en nuestro Ordenamiento Jurídico medidas alternativas específicas para el perfil maternal. En el Ordenamiento Jurídico italiano, como se ha avanzado, encontramos varias posibilidades. Una es el aplazamiento de la ejecución de la condena y la otra su cumplimiento en detención domiciliaria.

Gracias a estas medidas no solo se evita la separación de la condenada madre y su prole, sino también que la convivencia tenga que producirse en un establecimiento penitenciario (seguramente alejado del lugar de residencia habitual del resto de familiares y posibles apoyos) y las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar. Además, su adopción no requeriría nuevas e importantes inversiones ni la difícil tarea de doblegar la resistencia de los órganos de decisión de Instituciones Penitenciarias.

3. El diferimiento de la ejecución de la condena previsto en el Código Penal italiano

3.1. Una medida no equiparable a la suspensión de la ejecución de la condena existente en España

En España existe la posibilidad de suspender la ejecución de la condena, institución

regulada en los artículos 80 a 87 del Código Penal.

En general, aunque con excepciones, teniendo en cuenta lo previsto para la suspensión ordinaria en el artículo 80.2 del Código Penal, cabe esta posibilidad cuando la pena o suma de las penas privativas de libertad impuestas no supera los dos años de duración, si se cumplen una serie de requisitos y condicionado ello a la observancia de una serie de prescripciones o reglas de conducta. Pero, pese a que cabe esta posibilidad, según informa la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su último informe general, que es de 2023, un 34,6% de las mujeres presas cumplen condenas de entre tres meses y tres años.

Es posible que ello se deba a que se restringe la concesión de la suspensión ordinaria a reas primarias o asimiladas, y entre las mujeres, pese a que no suelen cometer delitos graves, la reincidencia no es infrecuente. Sobre esto hay que tener en cuenta que una buena parte de las mujeres que delinque comparte unas características o condiciones específicas que conforman un perfil de exclusión. Se trata de mujeres que han vivido en ambientes deprimidos, que han sufrido desventajas estructurales y diferentes formas de violencia, que tienen una escasa formación y cualificación profesional y que suelen tener cargas familiares que a menudo asumen en solitario.

Ello contribuye a explicar que la femenina sea, principalmente, una criminalidad patrimonial de la pobreza, dirigida muchas veces a cubrir las necesidades de subsistencia, propia y familiar, respondiendo así al rol tradicional que otorga a la mujer la competencia de procurar el sustento material de los miembros del clan familiar y el bienestar del hogar (Borja, 2024, pp. 38-63; González, 2024, pp. 131-132). Y puesto que su realidad no

⁶Existe otra posibilidad prevista en el Reglamento Penitenciario, que permite la convivencia de la mujer

condenada y su prole en el propio domicilio, bien por la vía del artículo 179 o bien por la del artículo 86.4. Sobre esta posibilidad se hablará más adelante.

acostumbra a mejorar, y menos todavía tras la o las condenas, lo dicho también ayuda a explicar su reincidencia, y esta la no concesión de la suspensión de condena.

En el artículo 80.3 del Código Penal se permite, excepcionalmente, aplicar la suspensión aunque la suma de las penas impuestas exceda de los dos años, siempre y cuando individualmente no excedan de dicho límite, y sin que sea un obstáculo que la persona sea reincidente, siempre y cuando no se trate de una reincidente habitual, pero ello exige, entre otras cosas, tener que cumplir una medida de multa o una de trabajos en beneficio de la comunidad. La primera de las medidas, teniendo en cuenta la situación económica y vital de muchas de las mujeres condenadas, difícilmente podrá ser cumplida, y, aun cabiendo la otra posibilidad, importa subrayar que diversas investigaciones concluyen que las mujeres incumplen en mayor frecuencia que los hombres las obligaciones de dicha medida y que ello es así debido, en buena parte, a su mayor dedicación a las responsabilidades familiares, y en particular al cuidado de los hijos e hijas. Esto les dificulta el cumplimiento (Vasilescu, 2019; Cid et al, 2024).

A la hora de establecer las obligaciones y la forma en que se han de cumplir, así como el horario en que debe hacerse, no se tienen suficientemente en cuenta las circunstancias específicas de las condenadas madres a quienes se les impone la medida de trabajos en beneficio de la comunidad para poder beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión; y tampoco se toman suficientemente en consideración a la hora de decidir sobre la suspensión misma porque, si bien es cierto que entre las variables a tomar en consideración a la hora de decidir su concesión encontramos las circunstancias familiares de la persona condenada, ni se hace referencia expresa a la existencia de hijos o

hijas menores a su cargo ni ello excluye la obligatoriedad de cumplir con los requisitos exigidos para beneficiarse de la misma.

En el Código Penal de Italia, en cambio, aparte de que también existe la institución genérica de la suspensión de la ejecución de la condena, prevista en los artículos 163 a 168, encontramos, en los artículos 146 y 147, otra posibilidad normativa distinta, específica (aunque no únicamente) para el perfil maternal, que permite diferir la ejecución de la condena restrictiva o privativa de la libertad impuesta, sin importar su duración, a condición de que se cumplan una serie de requisitos que giran exclusivamente o principalmente en torno a la atención y respeto al interés superior del o la menor cuya madre ha sido condenada.

Es así porque dicha medida, en su previsión específica para el perfil maternal, pretende garantizar la orientación resocializadora de la pena y atender al sentido de humanidad de esta, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución Italiana, pero también, y sobre todo, tiene en cuenta el interés superior de esos niños y niñas. Principalmente aspira a proteger el interés superior de esos y esas menores a recibir cuidados constantes en un entorno familiar adecuado para su correcto desarrollo físico y psíquico.

3.2. Análisis de la medida en cuestión

Tal y como acaba de avanzarse, el diferimiento de la ejecución de la condena para el caso específico de condenadas madres es una medida alternativa regulada en los artículos 146 y 147 del Código Penal italiano y que permite diferir a ejecución de las penas restrictivas y privativas de la libertad, de todas ellas, sin excepción, siendo las primeras la semidetención y libertad vigilada⁷, y las segundas el arresto, la reclusión y la cadena perpetua (*ergastolo*). Ello, sin embargo, no

⁷Respeto a la semidetención y la libertad vigilada, es así desde la aprobación de la Ley n° 689, de 24 de noviembre de 1981, relativa a "Modificaciones del

sistema de justicia penal". Esta solución fue refrendada por el Código de Procedimiento Penal de 1988, que se refiere expresamente a ella en el artículo 684, apartado 1.

significa renunciar *sine die* a la ejecución de la pena impuesta.

Hay que tener en cuenta, por una parte, que aunque el legislador ha optado por utilizar los verbos aplazar (*rinviar*) y diferir (*differir*), esta medida no implica necesariamente posponer el comienzo de la ejecución de la pena impuesta, pues habrá supuestos en los que la ejecución de la pena ya haya comenzado (Schiro, 2016, p. 247)⁸. Y, aparte de ello, hay que saber que, en caso de concederse, la beneficiada no entrará o saldrá de prisión y compartirá con su hijo o hija una situación de plena libertad, la cual no es susceptible de limitación ni puede quedar condicionada al cumplimiento de una serie de prescripciones, pero esta situación solo continuará mientras el hijo o hija esté dentro de la franja de edad protegida. Cuando deje de estarlo se activará el procedimiento dirigido a ejecutar la sanción impuesta a la madre, la cual, sin embargo, cuando se trate de una pena de reclusión o de *ergastolo*, no tiene que cumplirse necesariamente en prisión, pues puede acordarse una detención domiciliaria, no adoptada como medida sustitutiva del diferimiento sino desvinculada de la misma.

Quien tiene competencia para ordenar la aplicación de esta medida es el Tribunal de Vigilancia, pero debe solicitarlo, una vez la sentencia sea firme, la persona condenada, su abogado defensor o el Ministerio Fiscal. Sin embargo, se prevé que el procedimiento también pueda ser incoado de oficio por el Magistrado de Vigilancia, previa notificación de la dirección del centro penitenciario, el cual, además, puede no tener que esperar al pronunciamiento del Tribunal y conceder el diferimiento provisionalmente, si existen razones fundadas para creer que se dan las condiciones para su concesión, u ordenar la puesta en libertad de la persona condenada

que ya esté cumpliendo condena si considera que mantener su detención podría causarle un perjuicio grave. En tal caso la medida adoptada conserva sus efectos hasta la decisión del Tribunal de Vigilancia, el cual, obviamente, tendrá que comprobar que se cumplen los requisitos requeridos por el legislador para la aplicación de esta medida.

Respecto a los requisitos a cumplir, empezando por lo previsto en el párrafo segundo del artículo 146, el primero es que el hijo o hija a atender sea menor de un año. Este límite de edad fue fijado por la ley nº 40 de 8 de marzo de 2001, que lleva por título “Medidas alternativas a la detención para proteger a las reclusas que son madres” (en adelante Ley Finocchiaro).

Con anterioridad el diferimiento del artículo 146 procedía hasta que el o la menor cumplía seis meses. Los demás requisitos a cumplir son que el hijo o hija no haya muerto, que no se haya retirado a la madre la responsabilidad parental por aplicación del artículo 330 del Código Civil⁹, que exista convivencia, que el niño o niña no haya sido entregado o entregada a otra persona y que no se encuentre en una situación de desamparo. Si concurren estas condiciones, todas ellas, la concesión del beneficio es automática. Se trata de un diferimiento obligatorio, a diferencia del previsto en el artículo 147, que es facultativo.

Enseguida hablaremos de esta otra modalidad de diferimiento, pero antes quisiera realizar alguna precisión respecto a varios de los requisitos requeridos para el diferimiento obligatorio del artículo 146 y que, en realidad, como después veremos, también son exigibles para el facultativo del artículo 147.

En concreto, y en primer lugar, procede indicar, respecto a la condición consistente en

⁸Habrán incluso casos en los que se ha decretado la prisión preventiva, la cual, por otra parte, también puede ceder en favor del arresto domiciliario.

⁹En el texto original del citado artículo, cuando se hablaba de supuestos de revocación, no aparecía la

expresión “retirada de la responsabilidad parental”, sino de la “patria potestad”. Esta expresión fue substituida por aquella otra por el Decreto Ley nº 154 de 28 de diciembre de 2013 y el cambio entró en vigor a partir del 7 de febrero de 2014.

que no se haya retirado la responsabilidad parental, que dicha retirada debe resultar de la aplicación del artículo 330 del Código Civil, donde se indica que ello puede producirse en los supuestos en los que la progenitora viola o desatiende los deberes inherentes a la misma o abuse de las facultades correspondientes en grave perjuicio del hijo o hija. En estos casos, tal y como allí consta, por motivos graves, el juez puede ordenar el alejamiento del o la menor de la residencia familiar o el alejamiento de la progenitora o conviviente que maltrate o abuse de él o ella. Pero estas no son consecuencias necesariamente implícitas a la retirada de la responsabilidad parental.

Es importante realizar estas precisiones porque la comisión de determinados delitos, cuya víctima no tiene por qué ser un hijo o una hija, ni un o una menor en general, puede suponer la retirada o la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por ser esta una de las penas accesorias enumeradas en el artículo 19.1, 6) del Código Penal, pero, aparte de haberse prohibido la imposición automática de dicha consecuencia jurídica, su imposición no es un obstáculo para el disfrute del diferimiento.

En el artículo 7 de la Ley Finocchiaro se indica que cuando se acuerde esta medida, la indicada pena accesoria quedará suspendida. No se excluye de esta suspensión los supuestos en los que el delito se ha cometido con abuso de la responsabilidad parental o incluso contra el propio vástago. Aunque no todos los autores están de acuerdo (Canepa y Merlo, 2010, p. 224; Mantovani, 2018b, p. 242), entre la doctrina hay quien concluye que una interpretación sistemática del precepto que tenga también en cuenta el artículo 6 de la misma Ley, referente a los límites de aplicación del beneficio al que nos estamos refiriendo, lleva a tal exclusión (Canevelli, 2001, p. 815; Cesaris, 2002, pp. 249 y 255; Schiro, 2016, p. 248; Marchetti, 2019, p. 350).

Tendría sentido que fuese así en tanto en cuanto, como se ha avanzado, la imposición de la pena accesoria en cuestión no puede ser

automática, sino que su imposición implica que el órgano judicial competente ha tenido que analizar el caso concreto y plantearse qué es lo mejor para los intereses del o la menor, con lo cual, dejar a continuación en suspenso esta pena podría producir una grave contradicción.

Sin embargo, no es menos cierto que, además de que esta es una interpretación *in malam parte*, las circunstancias concurrentes en el momento de dictarse la sentencia condenatoria pueden haber cambiado en el momento en el que se tiene que decidir sobre el diferimiento, y ello debe poder ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional competente. Aparte de ello, pese a que la imposición de la dicha pena accesoria no fuese nunca un obstáculo para la concesión de la medida, la misma está sujeta a otros requisitos, cuya exigencia implica atender a lo que es mejor para el niño o la niña, para sus derechos y su bienestar, de manera que en caso de que no se cumplan se rechazará la procedencia de ese beneficio.

Antes de proseguir con el comentario de los requisitos exigidos para la concesión del diferimiento considero pertinente abrir un paréntesis para explicar que el automatismo de la indicada pena accesoria como consecuencia de la condena de un progenitor por determinados delitos ha sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional italiana, primero en la sentencia nº 31 de 2012, respecto al delito de sustitución de neonato y alternación de su estado civil, tipificado en el artículo 567 del Código Penal, y, posteriormente, en otras resoluciones. Merece ser citada la sentencia nº 7 de 2013, respecto al delito consistente en hacer inscribir en el registro civil un nacimiento inexistente o en, ocultando a un recién nacido, suprimir su estado civil, tipificado en el artículo 566. Y otra sentencia a destacar es la nº 102 de 2020, respecto al delito de sustracción de menores del artículo 574 bis. La Corte, consciente de que nos situamos en un ámbito, el de la relación materno-filial, que es sumamente delicado, prohíbe presumir *iuris*

et de iure, como consecuencia de la condena, la existencia de un perjuicio para los intereses morales y materiales del o la menor, y exige que se contemple la posibilidad de aceptar que su interés requiera una solución distinta a la de la declaración de la inhabilitación del ejercicio de la responsabilidad parental.

En otras palabras, se impone la obligación del juez de valorar cada caso en particular como única condición legítima para imponer la indicada pena accesoria. No sobra apuntar que el principio del interés superior del y la menor tiene una doble acepción: por una parte, como directriz que debe inspirar al legislador en la identificación de reglas generales y abstractas dirigidas a la protección de los niños y niñas como grupo de individuos necesitados de una especial protección debido a su condición de inmadurez biológica que les hace presuntamente incapaces de velar por su propio interés; y, por otra parte, como cláusula que permite a los tribunales velar por el interés superior del niño o niña, en particular, pudiendo elegir para él o ella la mejor solución en términos concretos. Que este principio pueda ser efectivamente perseguido requiere de la cooperación del legislador y los órganos judiciales.

Y dicho esto, prosiguiendo con los apuntes referentes a los requisitos exigidos para la concesión del diferimiento del artículo 146, hay que saber que, como pueden darse casos de ineptitud de responsabilidad parental no interceptados por los encargados de la protección de la infancia en los que, por tanto, la responsabilidad parental no ha sido retirada, se justifica que se requiera la no existencia de una situación de abandono (Fiorentin, 2012, p. 400; Mantovani, 2018a, p. 242, y 2018b, p. 208). Y dicha situación es entendida como aquella en la cual no se procura la asistencia moral y material necesaria al o la menor¹⁰.

Si el Tribunal de Vigilancia constata dicha situación, que evidencia la ineptitud de esa madre para garantizar el bienestar del o la menor, entonces denegará la aplicación de la medida, la cual, como sabemos, se orienta a la descarceración de la progenitora, pero con el objetivo principal de proteger a su prole. En principio no importa el delito cometido por la madre, ni la duración de la pena impuesta, ni tampoco si es o no reincidente, lo cual no significa renunciar a la pretensión punitiva del Estado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a la criminalidad.

Estos fines de la pena se consideran relevantes, y más cuando se ven afectadas las modalidades de ejecución de la pena, pero hay que equilibrarlos con las exigencias contenidas en el artículo 27.3 de la Constitución Italiana de garantizar una ejecución compatible con la resocialización y con el sentido de humanidad de la pena, y, también, con las necesidades del niño o de la niña cuya madre ha sido condenada, y el legislador quiso dar prioridad a estas cuando la mujer tiene un hijo o hija de hasta un año de edad.

La propia Corte Constitucional, en su Ordenanza nº 145 de 2009, niega que el diferimiento del artículo 146 del Código Penal excluya la finalidad intimidatoria y disuasoria de la pena, puesto que, como se ha dicho ya, no consiste en una renuncia *sine die* a la ejecución, y niega, igualmente, que dé pie a instrumentalizar la maternidad, porque el hipotético riesgo de instrumentalización está equilibrado adecuadamente con las condiciones previstas que impiden su concesión, debiendo tenerse en cuenta que cuando la persistencia de la conducta delictiva por parte de la condenada fuere tal que la llevase a desatender sus deberes como madre, podrían concurrir los requisitos para la no concesión o revocación del diferimiento, cuya concesión o disfrute ulterior se justifica

¹⁰Esta es la noción de abandono que se deriva de la legislación sobre adopción, del artículo 8 de la Ley nº 18437 de 4 de mayo de 1993.

exclusivamente desde un punto de vista funcionalista, siempre y cuando la madre se muestre solícita en el cumplimiento de sus deberes de asistencia moral y material para con el hijo o hija.

En esta resolución de 2009 la Corte consideró que era manifiestamente infundada la cuestión de ilegitimidad constitucional del artículo 146 planteada por el Tribunal de Vigilancia de Venecia¹¹, que se negaba a verse obligado a conceder el diferimiento a una mujer de, a su entender, marcada peligrosidad, al haber sido condenada en varias ocasiones por delitos contra el patrimonio e incluso haber sido hacía poco detenida por tentativa de robo y sometida a una medida de prisión preventiva en un centro penitenciario, y a la cual, además, el nacimiento de sus dos primeros hijos, en 2005 y 2006, no la había disuadido de delinquir¹².

Sin embargo, hay que admitir que más difícil hubiese tenido esta mujer la concesión del diferimiento si el pequeño de sus hijos tuviese más de un año y, en consecuencia, no procediese aplicar el artículo 146 sino, en su caso, el artículo 147.

El artículo 147, que, como se ha avanzado, regula el llamado diferimiento facultativo¹³, amplió su ámbito de aplicación con la reforma

introducida por la Ley Finocchiaro, pues, con anterioridad, permitía su concesión cuando el hijo o hija a atender tenía entre seis meses y un año, y, desde entonces, dicha edad se sitúa entre esta y los tres años. Se exige para ello el cumplimiento de este requisito y del resto de los indicados y comentados a la hora de analizar el artículo 146, centrados todos en garantizar el superior interés del o la menor, pero se requiere otro adicional, desvinculado del resto, como lo es la ausencia de riesgo de comisión de nuevos delitos, no importando que ello se traduzca, o no, en una desatención de las obligaciones de la condenada para con su prole¹⁴.

Sobre la exigencia de este requisito se dirá que fue en nombre de la protección de las necesidades de defensa social que se decidió añadirlo. Su no cumplimiento requiere, tal y como ha indicado la Corte Suprema de Casación en la sentencia nº 26678 de 19 de junio de 2023, formulación de un juicio pronóstico de que subsiste el peligro concreto, real, de comisión de nuevos delitos. Se debería examinar la conducta de la mujer en el momento en que va a tomarse la decisión, pero lo cierto es que la observada en el pasado también es tomada en consideración, y las mujeres reincidentes no tendrán fácil obtener este beneficio. Ello

¹¹El Tribunal de Vigilancia de Venecia consideraba que el artículo 146 del Código Penal podía ser contrario a los artículos 3, 27.3 y 30 de la Constitución. La Corte Constitucional negó la irracionalidad de la disposición.

¹²El Tribunal de Vigilancia de Venecia entendía, además, que tampoco la detención domiciliaria que podría acordarse en sustitución (y que se comentará más adelante), era una solución, pues siendo nómada la mujer, carente de un domicilio fijo, no existiría un lugar adecuado para la ejecución de esta medida, la cual, a su entender, no sería idónea para prevenir el riesgo de reincidencia.

¹³Respecto al adjetivo de facultativo, diversos autores apuntan que es más correcto utilizar el de discrecional y, también, que una lectura conjunta de la normativa penal y la penitenciaria lleva a concluir que lo que es preceptivo o discrecional en realidad es la salida de prisión de la persona condenada, y no la renuncia temporal de la ejecución de la condena (Mantovani, 2018b, p. 204; Romano y Grasso, 2012, pp. 419 y ss., y 425 y ss).

¹⁴El artículo 147 está redactado de manera que parece que se parte del supuesto en el que a la mujer condenada ya se le ha concedido el diferimiento obligatorio del artículo 146 pero que, habiendo cumplido su hijo o hija un año, se le pide al Magistrado de Vigilancia que vuelva a examinar la concurrencia de las condiciones requeridas para la aplicación de ese precepto. Parece que sea así porque se hace referencia a estas circunstancias no como requisitos para la concesión sino como causas de revocación. No obstante, el legislador no estaba pensando únicamente en estas situaciones, aunque, tal vez, como apunta Spaventi, sí sea la indicada la hipótesis típica (2020, p. 610). Sea como fuere, las mencionadas son condiciones cuyo cumplimiento debe examinar el órgano judicial competente. Diversos autores critican lo incomprensible de que las circunstancias que impiden el mantenimiento del diferimiento facultativo no deban impedir la aplicación misma del beneficio (Canepa y Merlo, 2010, p. 229; Mantovani, 2018b, p. 206).

contribuiría a explicar, según Caforio, que, pese a la posibilidad de acordar el diferimiento, durante unos años se registró un incremento de los niños y niñas en prisión, puesto que las categorías de delitos por los que se condena (y encarcela) con mayor frecuencia a las mujeres tienen un índice de reincidencia alto (2020, p. 99).

Si no concurren las condiciones establecidas en los artículos 146 y 147, todas ellas, el Juzgado de Vigilancia no concederá el diferimiento, y lo revocará si las mismas dejan de cumplirse. En principio ambas cosas supondrán que la pena impuesta tenga que ejecutarse inmediatamente o, en caso de muerte del o la menor o de su entrega a persona distinta a la madre, pasados dos meses desde que se produjo esta circunstancia¹⁵.

Pero, aunque no siempre será posible, todavía cabría intentar evitar el encarcelamiento recurriendo a otra medida alternativa específica para el perfil maternal, la detención domiciliaria, no por vía de sustitución, sino desvinculada del diferimiento.

4. La sustitución del diferimiento contemplada en la Ley Penitenciaria italiana

4.1. La detención domiciliaria: una medida no equiparable al cumplimiento de la semilibertad en el domicilio familiar existente en España

En España existe la posibilidad de cumplir la pena de prisión en el propio domicilio. En verdad existen dos posibilidades. La primera está prevista en el artículo 179 del Reglamento Penitenciario, y permite que la condenada madre pernocte en el domicilio familiar, junto a sus hijos y/o hijas menores, y

permanezca durante las horas diurnas que la Junta de Tratamiento determine, ya sin ellos y/o ellas, en un centro de inserción social, en una sección abierta o en una unidad dependiente, donde seguirá un programa individualizado de tratamiento. Ello exige tener uno de estos establecimientos lo suficientemente cerca del lugar de residencia de la condenada como para poder acudir a diario a realizar las actividades de tratamiento que se le hayan propuesto, y no siempre es así. Esto hace que no sea fácil beneficiarse de esta opción.

Pero no es menos cierto que, existiendo como existe la otra posibilidad, prevista en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, entre ambas se suele apostar por esta otra. En este artículo se permite estar en el propio domicilio y prescindir de esas horas diarias de ingreso en el establecimiento penitenciario, siempre y cuando, eso sí, la interna, de modo voluntario, acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria, los cuales, en cualquier caso, pueden ser substituidos por otras medidas de control¹⁶.

En el Reglamento no consta de manera expresa que esta segunda modalidad, la del artículo 86.4, resulte de aplicación en los supuestos concretos de madres con hijos o hijas menores, pero sí se indica en la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y, también, en la Instrucción 8/2019, por la cual se actualizó aquella otra.

No obstante, para poder beneficiarse de cualquiera de estas dos posibilidades es necesario que la condenada madre esté clasificada en tercer grado y, como se ha

¹⁵En realidad así consta en el artículo 146 del Código Penal, pero no, en cambio, en el artículo 147, aunque en la práctica se hace extensivo lo previsto en aquel precepto a los casos en los que resulte de aplicación este otro.

¹⁶Pueden ser substituidos por otras medidas de control, como, por ejemplo, controles sobre las actividades

terapéuticas a realizar, comunicaciones telefónicas, entrevistas con la interna o con sus familiares por parte de profesionales penitenciarios, presentaciones en una unidad de la Administración Penitenciaria o en dependencias policiales o de la Guardia Civil, etc.

advertido anteriormente, esta decisión no se toma con la vista puesta en los hijos o hijas a atender, sus necesidades, derechos e intereses, sino en atención a la persona adulta, que a ojos de la Administración Penitenciaria tiene que ser merecedora de ello.

Esta posibilidad, la de cumplir en el propio domicilio la semilibertad para atender a los hijos e hijas menores, también está prevista en la Ley Penitenciaria italiana, en concreto en el artículo 50 de la misma, pero, aparte de ello, en Italia también existe la medida alternativa propiamente dicha consistente en la detención domiciliaria, una figura diferente e indudablemente más favorable, que puede acordarse, aunque no únicamente, en sustitución de la otra medida específica para el perfil maternal a la que me he referido en este trabajo, el diferimiento de la ejecución, tal y como veremos a continuación.

4.2. La detención domiciliaria como medida sustitutiva del diferimiento

Desde la reforma operada en 1998 en la Ley Penitenciaria por la Ley nº 165 de 27 de mayo de 1998 (conocida como Ley Simeone) se prevé, en el artículo 47-ter.1-ter, que, en caso de que concurren los requisitos para el diferimiento de la ejecución de la pena al que se refiere el Código Penal, el Tribunal de Vigilancia pueda descartar el diferimiento y, en su lugar, autorizar una medida de detención domiciliaria. Dichos requisitos son, como sabemos, cuando el hijo o hija es menor de un año, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 146 del Código Penal, aparte de que ese niño o niña no haya muerto y se encuentre dentro de la franja de edad protegida, que a la condenada madre no se le haya retirado la responsabilidad parental conforme a lo dispuesto en el artículo 330 del Código Civil y que el niño o la niña no haya sido entregado o entregada a terceras personas ni esté en situación de abandono. Y cuando el hijo o la hija a atender tiene entre uno y tres años, según consta en el artículo 147 del Código Penal, a los indicados requisitos, con

modificación del relativo a la edad del o la menor, en el sentido apuntado, se suma la no existencia de peligro de comisión de nuevos delitos por parte de la madre.

Tal vez se introdujo esta posibilidad bajo el pretexto de la defensa social, porque, como subraya Schiro, la detención domiciliaria, igual que el diferimiento, permite una ejecución compatible con la resocialización y con el sentido de humanidad de la pena y es sensible a las necesidades del hijo o hija de la condenada, pero tiene la ventaja de asegurar en medida mayor el ejercicio del poder punitivo del Estado y, también, una mejor defensa social, porque, tal y como veremos a continuación, lleva aparejada la imposición y exigencia de cumplimiento de determinadas prescripciones (2016, p. 258). Cesaris, en cambio, considera que otra lectura es posible y que con la previsión de dicha posibilidad el legislador quizás lo que buscaba era dotar al Tribunal de Vigilancia de una herramienta flexible para superar cualquier consideración negativa a la peligrosidad de la condenada madre que impidiese que esta pudiese beneficiarse de alguna de las medidas alternativas al encarcelamiento (2019, p. 673).

Es cierto que la ausencia de peligro concreto de comisión de nuevos delitos no es un requisito requerido en el artículo 146 del Código Penal (no de momento), y que en caso de concurrencia de los requisitos allí establecidos, entre los que, insisto, no está el indicado, el legislador obliga al Tribunal de Vigilancia a acordar el diferimiento en caso de que la condenada tenga un hijo o hija menor de un año, pero, puesto que sí se debe atender a dicho requisito cuando el niño o niña tiene entre uno y tres años, pues así lo exige el artículo 147 del Código Penal, el hecho de que exista la posibilidad de sustituir el diferimiento por la detención domiciliaria permitiría no tener que renunciar a evitar el encarcelamiento de la madre en caso de que el riesgo no sea elevado.

Hay que saber, por otra parte, que no consta qué criterios deben tenerse en cuenta a la hora de decidir entre el diferimiento y la

detención domiciliaria, lo cual ha llevado a que en la práctica se tenga en cuenta la duración de la pena impuesta a la madre. Si esta es superior a los cuatro años, el Tribunal de Vigilancia suele acogerse a la segunda opción.

Sin embargo, si las prescripciones a imponer en caso de acordarse la detención domiciliaria, inherentes a la misma, resultasen contrarias al sentido de humanidad, entonces se optará por el diferimiento de la ejecución. El Tribunal de Vigilancia goza de una amplia discrecionalidad, y a favor de que así sea se ha pronunciado la Corte Suprema de Casación en la sentencia nº 25691 de 2004.

Respecto a las prescripciones a imponer, en el artículo 47-ter.4 se dice que el Tribunal de Vigilancia las decidirá, en cada caso, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, pero que las acordadas podrán ser posteriormente modificadas por el Magistrado de Vigilancia del lugar donde se cumpla la detención domiciliaria. En concreto, las medidas allí previstas son, en el punto primero, la obligación de permanecer en el lugar establecido para el cumplimiento de la detención domiciliaria, y, en el punto segundo, la prohibición de toda comunicación con personas que no sean las convivientes o con quienes les asistan.

Sin embargo, hay que aclarar, respecto a la primera de esas prescripciones, que en el punto 3 del citado artículo 284 se indica que en el caso de que la persona bajo detención domiciliaria no pueda subvenir de otro modo a sus necesidades vitales esenciales o se encuentre en situación de indigencia absoluta, se puede permitir que se ausente del lugar en el que está cumpliendo la medida durante el tiempo estrictamente necesario

para procurar cubrir dichas necesidades básicas o para trabajar.

A la vista de lo acabado de indicar, es de lamentar que ninguna de las prescripciones a imponer tenga un contenido realmente reeducador. Como apunta Cesaris, es como si, aparte de buscarse el interés superior del o la menor, la detención domiciliaria fuese más dirigida a evitar el efecto desocializador que conlleva o puede conllevar para la persona condenada el ingreso en prisión y a contribuir a la necesaria deflación carcelaria, en un país en el que existe un grave problema de sobrepoblación penitenciaria (2019, pp. 661, 692 y 693). En caso de que la medida alternativa de detención domiciliaria llegara a preverse en España, convendría tener en cuenta esta observación crítica y dotar de un contenido reeducador las prescripciones a imponer.

Sin embargo, pese a que la crítica formulada puede y debe mantenerse, hay que tener en cuenta que en el artículo 47-ter.4 de la Ley Penitenciaria también se establece que el Tribunal de Vigilancia ha de determinar y dictar disposiciones relativas a la intervención de los servicios sociales, las cuales también podrán modificarse. En principio la misión de estos consiste no solo en vigilar la conducta de la condenada, sino también en ayudarla a superar las dificultades de adaptación a la vida social, relacionándose no solo con ella sino también con su familia y demás personas de su entorno más cercano, debiendo informar periódicamente al Magistrado de Vigilancia sobre el comportamiento de la persona bajo detención domiciliaria¹⁷. Pero no son los servicios sociales los encargados de controlar que se cumplan las prescripciones impuestas, sino que de ello se encargan la Fiscalía o la Policía Judicial, según consta en el artículo 284.4 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁷En realidad, en el artículo 47-ter.4 de la Ley Penitenciaria no se concreta en qué ha de consistir la intervención de los servicios sociales y tampoco en el artículo 47-ter, donde se regula la detención domiciliaria

ordinaria. Lo indicado se recoge en el artículo 47-quinquies, referente a la detención domiciliaria especial. No obstante, tiene sentido que lo aquí indicado sea de aplicación a las otras modalidades de detención domiciliaria.

Cabe incluso la posibilidad de recurrir a la utilización de dispositivos de control electrónico, prevista en el artículo 284.5 del mismo¹⁸.

En caso de que dejen de cumplirse los requisitos para la concesión de la detención domiciliaria esta será revocada, pero también en caso de que el comportamiento de la condenada madre, contrario a la ley o a las prescripciones establecidas, resulte incompatible con el mantenimiento de la medida alternativa. Y en caso de que la medida sea revocada no podrá evitarse el ingreso en prisión de la condenada, siempre y cuando, obviamente, la pena impuesta sea de reclusión o *ergastolo*.

5. La pretendida reforma del artículo 146 del Código Penal italiano

Creo que la principal razón por la cual en España no se dan los pasos que deberían darse a favor de una ejecución penal más sensible a los intereses de los y las menores es la resistencia que existe entre una parte de la población a las políticas públicas de reducción de la cárcel y al temor por parte del legislador al rédito electoral que pueda quitar apostar por la descarceración. En estos tiempos en los que vivimos lo que preocupa es transmitir a la ciudadanía el mensaje de que el Estado vela por la seguridad de quienes respetan las leyes y no le tiembla la mano cuando se trata de castigar a quienes no lo hacen. Que ello suponga arrinconar los derechos y el bienestar de los niños y las niñas parece que no importa, y que con ello se contribuya o no a la prevención del delito en realidad tampoco. Y hay que advertir que Italia no está al margen de esta tendencia político-criminal, la cual está detrás de la reforma penal proyectada, que afectaría al diferimiento de la ejecución de la pena; una reforma que, en caso de materializarse, supondría dar un paso atrás en

el camino que venía recorriéndose en este país.

Hasta la fecha, la única reforma operada en los artículos 146 y 147 del Código Penal italiano es la relativa al límite de edad del hijo o hija a atender, reforma esta que, como se ha dicho, fue incorporada por la Ley Finocchiaro y supuso la ampliación del ámbito de aplicación del diferimiento como medida alternativa al encarcelamiento específica para el perfil maternal. Pero en septiembre de 2024 la Cámara de Diputados aprobó el llamado Proyecto de Ley de Seguridad¹⁹, que se espera que pueda convertirse en Ley y se traduzca en una reforma del Código Penal, con afectación del beneficio que estamos comentando, en la línea opuesta a la incorporada con la Ley Finocchiaro, pues, entre otras cosas, se pretende eliminar la obligatoriedad del diferimiento del artículo 146. Si finalmente se aprueba la reforma pretendida será el órgano judicial competente quien decida siempre, también cuando el hijo o hija de la condenada sea menor de un año, si procede, o no, su concesión. Conste que no veo mal que en la ponderación de los diferentes intereses en juego participen los jueces y magistrados, que estos decidan tras examinar cada caso concreto, pero, en realidad, ahora en el artículo 146 no se excluye completamente al Tribunal de Vigilancia de tal ejercicio. Pese a que pudiese parecer que este Tribunal, en el caso del diferimiento del artículo 146, si se cumplen las condiciones para su concesión, no tiene posibilidad de denegarlo, sí se le permite hacerlo, siempre con la vista puesta en el interés superior del menor, como indicó la Corte Constitucional en su Ordenanza nº 145 de 2009, comentada anteriormente. Además, y por otra parte, incluso cumpliéndose los requisitos exigidos para su concesión, el Tribunal de Vigilancia puede, tal y como hemos visto, sustituir el diferimiento por otra

¹⁸La utilización de dispositivos de control electrónico es una posibilidad prevista en el artículo 58-quinquies de la Ley Penitenciaria, el cual se remite a lo dispuesto en el artículo 275-bis del Código de Procedimiento Penal.

¹⁹En concreto se trata del Proyecto de Ley nº 1660, presentado en la Cámara de los Diputados el 22 de enero de 2024.

medida alternativa específica para el perfil maternal, por la detención domiciliaria.

Otro cambio que pretende incorporarse en el artículo 146 del Código Penal afecta a los requisitos a cumplir para beneficiarse del diferimiento, queriéndose añadir el de que no exista riesgo concreto de cometer nuevos delitos por parte de la condenada madre.

En mi opinión no hay necesidad para ello. Primero, porque, como sabemos, cuando la participación de la condenada en conductas delictivas suponga desatender sus deberes como madre para con su prole esto puede justificar la no concesión o la revocación del diferimiento por parte del Tribunal de Vigilancia. Y, en segundo lugar, porque, como también sabemos, sin necesidad de tener que vincular la ausencia de riesgo de delinquir del resto de requisitos y, en consecuencia, de la atención y respeto al interés superior del o la menor cuya madre ha sido condenada, el Tribunal de Vigilancia tiene en su mano sustituir el diferimiento por una detención domiciliaria. Puede hacerlo así si lo cree necesario para no frustrar las exigencias de seguridad.

Considero, pues, y como he avanzado, que la de momento pretendida eliminación del diferimiento obligatorio y la incorporación de un nuevo requisito para su concesión a las madres de hijos o hijas de hasta un año de edad lo que pone de manifiesto es el interés del legislador en suprimir medidas que puedan ser interpretadas como un signo de debilidad frente al delito y las delinquentes; que con ello lo que se quiere es lanzar el mensaje a la ciudadanía de que importa la fidelidad normativa, que el Estado vela por la seguridad de quienes respetan las leyes y que los ciudadanos fieles al Derecho han de mantener esa fidelidad. Y opino, igualmente, que, si finalmente la reforma resulta aprobada, lo que se conseguirá no será reducir la delincuencia sino volver a llenar las cárceles de niños y niñas.

Es muy probable que se reduzca el número de condenadas madres de hijos o hijas menores de un año que se benefician del diferimiento,

las cuales también quedarían excluidas, por no cumplir todos requisitos exigidos para ello, de la detención domiciliaria, y no solo de la acordada vía sustitución, que es la que en este trabajo he analizado. Y pese a que ello no debería traducirse en la entrada en prisión de esas mujeres, será difícil que no acaben encerradas en la cárcel (o que salgan de la misma) y que no tengan que ocuparse allí de sus descendientes, con todo lo que ello implica y de lo que se ha hablado ya.

Hay que advertir que la denegación del beneficio del artículo 146 del Código Penal por existir riesgo de reiteración delictiva no debería suponer el ingreso en prisión porque, según la nueva redacción que se le pretende dar a dicho precepto, en ese caso la pena no se ejecutaría en un centro penitenciario ordinario, sino en una institución de custodia atenuada para madres (I.C.A.M.), la cual, atendiendo a su modelo arquitectónico, el diseño de sus elementos estructurales y de seguridad, vendría a ser lo que en España llamamos una unidad externa para madres. Siempre será mejor el ingreso en una de estas instituciones que en una cárcel convencional, pero será difícil, o imposible, garantizar que la pena no se tenga que cumplir en un centro penitenciario ordinario, porque no existen suficientes instituciones de la clase referida.

En Italia a día de hoy, y pese a todo, se está lejos de la creación de una red de establecimientos extrapenitenciarios capaces de responder adecuadamente, en todo el territorio nacional, a las necesidades de alojamiento existentes, y la pretendida reforma no va acompañada de un incremento de la dotación presupuestaria para construir nuevos centros o para habilitar espacios ya existentes y destinarlos a dicho uso.

El todavía Proyecto acabará convertido en Ley, pero al menos cabe esperar que puedan incorporarse cambios. La seguridad ciudadana debe garantizarse sin renunciar a los principios fundamentales del sistema penal, y en nombre de la misma no se puede dejar de proteger el interés superior de los niños y las niñas.

Entre los principios fundamentales del sistema penal encontramos el de humanidad de las penas y el de resocialización, proclamados ambos en el artículo 27.3 de la Constitución Italiana. Y respecto a la importancia del *favor minoris*, no sobra apuntar que antes incluso de aprobarse la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, mucho antes, en 1981, su anclaje constitucional fue reconocido por la Corte Constitucional²⁰ y que, como el resto de niños y niñas, los hijos e hijas de las mujeres condenadas tienen derecho a recibir cuidados constantes en un entorno familiar adecuado para su correcto desarrollo físico y psíquico, y no pueden ser sacrificados en nombre de la lógica punitiva.

Y esto mismo que deseamos sea tenido en cuenta en Italia para impedir un retroceso, quisiéramos que se tome en consideración en España para conseguir un avance.

Referencias

- ARMENGOU, Montse y BELIS, Ricard. (2002). Los niños perdidos del franquismo, en *Clio: Revista de Historia*, nº 9.
- BORJA, Emiliano. (2024). “Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina”, en *Revista Penal*, nº 53.
- CAFORIO, Adriana. (2020). *La condizione delle detenute madri nell’ordinamento italiano*, Key Editores.
- CANEPA, Mario y MERLO, Sergio (2010). *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalita` dell’esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè.
- CANEVELLI, Paolo. (2001). Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri (commento alla legge 8 marzo 2001, n. 40), en *Diritto Penale e Processo*, nº 7.
- CESARIS, Laura. (2002). Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40), en *La Legislazione Penale*, nº 3.
- CESARIS, Laura. (2019). Art. 47-ter o.p.”, en Della Casa, F. e Giostra, G. (dirs.), *Ordinamento Penitenziario Commentato*, Cedam.
- CID, José, et al. (2024). ¿Es el estilo de supervisión relevante para la efectividad de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad?, en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, vol. 22, nº 1. <https://doi.org/10.46381/reic.v22i1.874>
- DE RIQUER, Borja. (2010). *La dictadura de Franco*, Crítica/Marcial Pons.
- EGIDO, Ángeles y EIROA, Matilde. (2017). Redes sociales, historia y memoria digital de la represión de mujeres en el Franquismo, en *Revista de Historiografía*, nº 27. <https://doi.org/10.20318/revhisto.2017.3977>
- FIorentIN, Fabio. (2012). “Differimento della pena”, en *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli.
- GEA, María José. (2007). Maternidad en prisión. Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena, en *Papers. Revista de Sociología*, vol. 102, nº 2.
- GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia. (2024). Análisis de las formas especiales de ejecución existentes en el ordenamiento penitenciario español para los perfiles maternal y paternal: posibilidades, críticas, propuestas de mejora y defensa de una aplicación extensiva a los padres de las posibilidades normativas previstas para las madres, en *Estudios de Deusto*, vol. 72, nº 2. <https://doi.org/10.18543/ed.3209>

²⁰Como subrayan Lamarque (2016, p. 14) y Laneve (2021, p. 1332), la sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 11 de 1981 supuso el reconocimiento de la

existencia de una base constitucional para la atención de los y las menores, o, en otras palabras, el reconocimiento inicial del hoy más conocido como interés superior del y la menor.

- HERNÁNDEZ, Fernando. (2013). Cárceles de mujeres del novecientos. Una rutina punitiva secular, en *Segle XX. Revista Catalana d'Història*, nº 6.
- JIMÉNEZ, Jesús - PALACIOS, Jesús. (1998). *Niños y madres en prisión: desarrollo psicobiológico de los niños residentes en centros penitenciarios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Ministerio del Interior.
- LAMARQUE, Elisabetta. (2016). *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli.
<https://doi.org/10.3280/MG2017-002002>
- LANEVE, Giuseppe. (2021). “La tutela degli interessi del minore nel rapporto genitori-figli a quarant’anni dalla sentenza Corte cost. n. 11 del 1981”, en *Studium Iuris*, nº 11.
- LEJARRAGA, Horacio, BERARDI, Clemente, ORTALE, Susana, CONTRERAS, María Magdalena, SANJURJO, Adriana, LEJARRAGA, Celina, MARTÍNEZ CÁCERES, María José y RODRÍGUEZ, Lilian. (2011). “Crecimiento, desarrollo, integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión”, en *Archivos argentinos de pediatría*, vol. 109, nº 6.
<https://doi.org/10.5546/aap.2011.485>
PMid:22231885
- MANGINI, Shirley. (1997). *Recuerdos de la resistencia: La voz de las mujeres de la guerra civil*, Ediciones Península.
- MANTOVANI, Giulia. (2018a). La decarcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?, en *Diritto Penale Contemporaneo*, nº 1.
- MANTOVANI, Giulia. (2018b). La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio, en Mantovani, Giulia, et al., *Donne Ristrette*, Ledizioni.
- MARCHETTI, Maria Riccarda. (2019). “Art. 21-bis”, en Della Casa, Franco - Giostra, Glauco (dirs.), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam.
- ROMANO, Mario y GRASSO, Giovanni. (2012). “Artt. 146 e 147 c.p.”, en *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè.
- SCHIRO, Dalila Mara. (2016). Detenute madre, en Gaito, Alfredo, et al., *Digesto delle Discipline Penali*, Utet Giuridica.
- SPAVENTI, Lavinia. (2020). Le misure alternative alla detenzione nell’interpretazione giurisprudenziale, en Balducci, Paola - Macrillò, Armando (dirs.), *Esecuzione penale e Ordinamento Penitenziario*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- UGARTE, Miren Arantza. (2011). Saturran: Sólo quedan los tamarindos, en *Studia Histórica. Historia Contemporánea*, nº 29.
- VALLEJO NÁGERA, Antonio. (1937). Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza. Editorial Española, pp.117-118
- VASILESCU, Cristina. (2019). La ejecución penal desde una perspectiva de género, en *Indret*, nº 2.
- VINYES, Ricard. (2002). *Irredentas: Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Temas de Hoy.